

La reparación en forma específica y la sustitución de las valoraciones jurídicas de la Administración Pública en el proceso administrativo italiano

Simone Rodolfo Masera

Facultad de Derecho
Università degli Studi di Pavia

BARCELONA, JULIO 2008

Abstract^{*}

El instituto de la reparación en forma específica, introducido recientemente en el proceso administrativo italiano, está condicionado por el alcance de los ámbitos de la acción administrativa que se entienden no susceptibles de control y sustitución judicial. El instituto puede replantearse a partir del examen de la situación que se presenta en cada caso concreto, sin limitar el análisis a la consideración de las categorías abstractas o generales. Sólo de esta manera puede determinarse el lugar de una institución que se concreta en el proceso a través de la condena judicial a que a la Administración lleve a cabo una determinada conducta.

Después de determinar cuál es la naturaleza del “daño injusto” derivado del ejercicio ilegal del poder administrativo, el autor sostiene que la reparación de este tipo de daño supone que el juez puede decidir cuál es la ordenación adecuada de los intereses, proporcionando así la plena satisfacción del interés material del recurrente.

The compensation in kind, recently introduced in the Italian administrative proceeding, is limited by the scope of reviewability of the administrative action. The institute must be, then, carefully considered in relation to particular cases without limiting the analysis to abstract or general circumstances. This approach will shed light on its role within the framework of a trial before an Administrative Court.

The author outlines the distinguishing traits of ‘unjust damage’ arisen from illegitimate exercise of the administrative power and states that its compensation providing judges with the power of reorganizing interest at stake with the ultimate goal of fully compensating victims.

Title: Compensation in kind in the Italian Administrative Proceeding and Judicial Review

Keywords: Public Administration’s Liability

Palabras claves: Responsabilidad civil de la Administración

^{*} El trabajo ha sido traducido por Luís MEDINA ALCOZ, Profesor Titular de Derecho administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

Sumario

1. Planteamiento
2. La acción de cancelación y la acción de indemnización en el juicio administrativo: los diversos intereses jurídicos tutelados
3. La tutela judicial efectiva
4. La reparación en forma específica en el Código Civil
5. La reparación en forma específica en el proceso administrativo
6. La reparación en forma específica en la primera jurisprudencia administrativa
7. El progresivo agotamiento de los márgenes de elección del poder administrativo
8. El daño “injusto” derivado del ejercicio ilegítimo del poder administrativo
9. La naturaleza de la responsabilidad de la Administración Pública
10. El juicio “en Derecho” como juicio de comprobación de la injusticia del daño
11. Las decisiones jurídicas de la Administración como decisiones “sustituibles”
12. La reparación en forma específica como remedio para imponer la ordenación legalmente exigida de los intereses implicados
13. Referencias bibliográficas

1. Planteamiento

El proceso administrativo italiano es, básicamente, un juicio impugnatorio del que no pueden derivarse condenas a la Administración y del que el administrado obtiene únicamente la utilidad de la anulación o cancelación del acto recurrido. Con sólo unas pocas excepciones, esta arcaica configuración del proceso administrativo ha dominado en el ordenamiento italiano desde finales del siglo XIX, cuando la Ley 2992/1889, al instituir la jurisdicción administrativa bajo la influencia de la concepción francesa de la separación de poderes, no atribuyó a la nueva Sección jurisdiccional del Consejo de Estado (la IV), la facultad de dictar pronunciamientos condenatorios.

Sin embargo, el Decreto Legislativo 80/1998, de 31 de marzo y, sobre todo, la Ley 205/2000, de 22 de julio, al articular importantes reformas en la justicia administrativa italiana, han introducido en el proceso el poder de ordenar la indemnización del daño en forma específica. Anteriormente, el remedio resarcitorio estaba sólo previsto en un conjunto reducido de supuestos, los reconducibles a las materias de la denominada jurisdicción exclusiva (es decir, la que, a diferencia de la jurisdicción general, abarca conflictos referidos, no sólo a intereses legítimos, sino también a los derechos subjetivos citados en el artículo 103 de la Constitución italiana). Esto es importante para el intérprete, que debe considerar que, hoy en día, en el ámbito de la jurisdicción general, cabe una condena indemnizatoria junto a la clásica declaración anulatoria; una condena basada en un juicio muy distinto, de carácter compensatorio e inevitablemente condicionado por las características de la jurisdicción administrativa.

El presente estudio realiza una propuesta interpretativa de la reparación en forma específica en el Derecho italiano con apoyo, no tanto en el principio de tutela judicial efectiva, sino (sobre todo) en la Ley¹, que –como han aclarado las sentencias del 2004 al 2006 de la Corte Constitucional y los decretos del 2006 de la Casación²– ha querido enriquecer los instrumentos de que dispone el juez administrativo para garantizar una adecuada protección de las posiciones jurídicas (ya de diverso tipo) involucradas en el proceso administrativo. Por este motivo, la tesis defendida es que la introducción legislativa del nuevo poder de condenar a la Administración pública a la reparación en forma específica ha supuesto una verdadera “revolución”; la “ruptura del paradigma” representado por el tradicional juicio administrativo de simple impugnación (y

¹ Esta investigación adopta, así, una perspectiva diferente, separándose de las tesis que, basadas en el principio de tutela judicial efectiva, concretan (y flexibilizan) los límites del juicio impugnatorio; tesis que, en cierto modo, se corresponden con la tendencia que ha inspirado –tradicionalmente– la evolución del proceso administrativo, enriqueciendo su contenido y resultados a través, en ocasiones, de una lectura forzada del dato legislativo (así, en relación con el juicio ejecutivo o de *ottemperanza*: M. NIGRO (1994), p. 312.

² Corte const., 11 de mayo de 2006, n. 191, en Foro it., 2006, I, p. 1625 (con nota de A. TRAVI); Corte const., 6 de julio de 2004, n. 204 (con nota de M. CLARICH, A. POLICE, B. G. MATTARELLA Y S. PAJNO (2004) en Giorn. der. amm., p. 969; y de R. VILLATA Y V. CERULLI IRELLI (2004), p. 821); Casas., sec. un., ord. 25 de enero de 2006, n. 1373, id., 23 de enero de 2006, n. 1207, id., 24 de febrero de 2005, n. 3822, en Foro it., 2006, I, p. 1053; Const. del Estado, ad. plen., 9 de febrero de 2006, n. 2, en Foro it., 2006, III, p. 188; Const. del Estado, 16 de noviembre de 2005, n. 9, en Foro it., 2006, III, p. 212.

anulación) de la resolución ilegal³. El fenómeno está verificándose en Italia, pero también en muchos otros Países europeos⁴. La reparación está cobrando así un papel crucial para dar cumplimiento a la Ley y garantizar plenamente el respeto del principio de legalidad, cuyo “valor” incluye en sí mismo –como no podría ser de otra manera– el de la discrecionalidad administrativa⁵. Esta contribución pretende así reconstruir la institución de forma que no se vea perjudicada por una falta de comprensión crítica de conceptos (como “poder administrativo” o “discrecionalidad”) que requieren de cierta especificación⁶ y que, en cambio, a menudo se utilizan de manera excesivamente “genérica” y “abstracta”, hasta el punto de llevar a soluciones interpretativas no muy “razonables”⁷ del caso concreto. En este sentido, el supuesto concreto sobre el que se pronuncia el juez ha de ser la referencia fundamental, no sólo porque el carácter abstracto de muchos planteamientos ha condicionado negativamente las capacidad de captar la verdadera incidencia de los institutos del Derecho civil cuando la Administración está implicada, sino también porque el contenido normativo de la Ley sólo puede determinarse respecto del caso concreto⁸.

Esta última observación adquiere particular entidad cuando, como es el caso, la decisión se funda en una cláusula general; cláusula con la que el juez está llamado a pronunciarse sobre la “injusticia” del daño a efectos resarcitorios. En estos supuestos, el intérprete debe concretar la regla aplicable al específico supuesto de que se trate porque “el valor de la certidumbre del Derecho debe ser constantemente conjugado con el de la justicia del caso concreto”. De lo contrario se crea un sistema jurídico que en realidad es “una jaula de acero, desprovista de elasticidad e incapaz de gobernar la complejidad y la variedad de la vida social”⁹. Se insiste en esto porque “la complejidad y la variedad de la vida social” representa el elemento constante de comparación de un poder administrativo, que, con su ejercicio, compara, considera, elige. La referencia a la concreción cobra, pues, un peso determinante en la localización de las características del “daño injusto” causado por la Administración Pública, necesariamente condicionadas por el hecho de que ha intervenido el ejercicio de una potestad.

³ *Amplius* en S. RODOLFO MASERA (2006), p. 137 ss.

⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2007), p. 125 ss.

⁵ F. LEDDA (1997), p. 3307.

⁶ A. TRAVI (2003), p. 881.

⁷ Se trata de un aspecto crucial que, en realidad, se presenta también en otros ‘Derechos’, como el civil y el procesal civil, que no están sustraídos a la influencia negativa que en la actividad del intérprete ha tenido y sigue teniendo una serie de ‘conceptos confusos y abstractos’ cuya fuerza se localiza fundamentalmente en la recepción acrítica de la tradición (cfr. S. RODOTA’ (1964); A. SANTILLI (1985); M. TARUFFO (1991)).

⁸ A. SANTILLI, (1985), pp. 33 ss.; H. G. GADAMER (2001), p. 675; F. VIOLA-G. ZACCARIA (2003), p. 21; F. CARNELUTTI (1937), p. 37; M. TARUFFO (2001), p. 13; S. CASSESE (2000), p. 457.

⁹ S. RODOTA’, (1964), p. 79.

2. La acción de cancelación y la acción de indemnización en el juicio administrativo: los diversos intereses jurídicos tutelados

A nuestros efectos, es útil el análisis de la relación entre la tutela garantizada por la sentencia anulatoria tradicional y la nueva protección resarcitoria puesta a disposición del juez administrativo. Ambos remedios, de cancelación y de indemnización, son instrumentos autónomos de tutela en el ámbito de una misma jurisdicción administrativa que cumple la función de garantizar la “reparación” del interés dañado¹⁰: la protección del ciudadano puede realizarse a través de diferentes modalidades tutelares en función del tipo de interés lesionado. Si se toma en consideración el momento histórico en que los dos remedios han sido introducidos (en 1889, el de cancelación; en 2000, el de indemnización) puede comprobarse cómo la tutela que con ellos ha querido garantizarse se refiere a diferentes “tipos” de interés (relevantes en diferentes contextos temporales).

El objetivo general de un proceso (cualquier proceso, no sólo administrativo ni únicamente resarcitorio) es la satisfacción de los intereses básicos implicados. Por eso es preciso concretar las características de dichos intereses y los instrumentos tutelares que mejor se adaptan a ellas con el fin de garantizar la justicia material. La distinta entidad del interés incide, de hecho, en las diferentes modalidades tutelares. Para establecer los caracteres de la protección resarcitoria, por un lado, y los de la impugnatoria, por otro, conviene fijar la atención en las relaciones que sostienen los particulares entre sí (donde es clásica la primera forma de tutela) y en las de éstos con la Administración (donde tradicionalmente ha predominado la segunda). La evolución de ambos tipos de relaciones pone de manifiesto cómo, inicialmente, los intereses cobraban relevancia en sentido “estático”, como intereses en la no intervención en la esfera jurídica del ciudadano. Esto ha ocurrido en las relaciones de los particulares entre sí (el derecho de propiedad tenía relevancia en sentido “estático”) y con el Estado (frente al que se hacían valer intereses de carácter prevalentemente *oppositivo*¹¹). Estas formas de intereses tenían a su vez reflejo en las modalidades tutelares entonces previstas: en las relaciones entre particulares, una protección adecuada se identificaba con los remedios típicos o específicos, a los que se sumaba la indemnización pecuniaria; y en las relaciones con la Administración, que actuaba entonces, sobretodo como Autoridad, la protección adecuada era la anulatoria o de cancelación.

La situación cambia con la llegada del Estado social y las nuevas relaciones desarrolladas en el marco del mismo. Respecto a las relaciones entre particulares, los intereses dejan de tener relevancia en un sentido exclusivamente estático, como lo demuestra el hecho de que el derecho

¹⁰ A. AMORTH (1938), p. 416; también en *Scritti giuridici*, vol. I, Milán, 1999, p. 243.

¹¹ En el Derecho italiano se dice que el titular de un *interesse oppositivo* es el administrado que, enfrentado a una potestad ablativa, posee el bien sobre el que se cierne de la amenaza de despojo, gravamen o limitación. Se trata, en definitiva, del ciudadano que se *opone* a una sanción, a una expropiación o cualquier otra medida restrictiva en el curso de un procedimiento. A la inversa, el titular de un *interesse pretensivo* es el aspirante a la obtención de un acto favorable. Es el sujeto que *pretende* la obtención de la licencia, el permiso, la autorización, la beca, la subvención o cualquier otra utilidad cuya consecución depende de la intermediación favorable de la Administración.

de propiedad haya pasado a considerarse también en clave de función social¹². Correlativamente se multiplican las situaciones de conflicto de interés y las posibilidades de daño: en este contexto es evidente que la protección asegurada por los remedios típicos de tutela específica y el resarcimiento por equivalente no se adaptan a los nuevos intereses. Justo en este momento se reformula la noción de “daño injusto” con el fin de garantizar al juez la posibilidad de llevar a cabo una evaluación comparativa de los intereses “dinámicos” en conflicto y asegurar una tutela plena¹³. La transformación se refiere también a las relaciones entre los ciudadanos y el Estado: los intereses legítimos cobran cada vez más importancia y se hace evidente la insuficiencia del juicio administrativo tradicional, centrado en la cancelación del acto. En este contexto, a la reivindicación creciente de mayores cotas de tutela judicial efectiva se suma la cuestión del poder resarcitorio del juez administrativo. Así lo ha puesto de manifiesto la Corte Constitucional en su sentencia 204/2004, al señalar que el remedio compensatorio representa “un instrumento de tutela más que se añade a los previstos en el proceso administrativo tradicional para devolver la justicia al ciudadano en sus relaciones con la Administración”.

3. La tutela judicial efectiva

No debe perderse de vista la razón de que el Legislador haya previsto el remedio de la reparación en forma específica; ni la de que haya decidido atribuirle un carácter estrictamente “compensatorio”. Tales motivos proporcionan instrumentos válidos de interpretación: captar el sentido de que se haya introducido la reparación permite comprender y valorar plenamente el nuevo poder; y captar que el remedio participa de una naturaleza resarcitoria permite encuadrarlo correctamente y desarrollar sus potencialidades¹⁴.

Pues bien, la Ley ha establecido el remedio compensatorio para garantizar una mayor efectividad de la tutela judicial en el proceso administrativo¹⁵. Así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional más reciente, para la que la indemnización constituye una institución que “hunde sus raíces en el artículo 24 de la Constitución [artículo equivalente al 24 del texto constitucional español], pues esta previsión implica que el juez ha de estar provisto de poderes adecuados para dar plena y efectiva satisfacción a las posiciones jurídicas implicadas en

¹² Según el artículo 42, párrafo 2, de la Constitución italiana “la propiedad privada está reconocida y garantizada por la Ley, que determina los modos de adquisición, de usufructo y los límites con el fin de asegurar la función social y que todos puedan acceder a ella”.

¹³ Se considera que la reparación puede suplir la ausencia de tutela derivada, por un lado, del hecho de que los remedios específicos utilizables son sólo los de carácter típico (que no pueden aplicarse a los ‘nuevos intereses’; sólo a los tradicionales) y, por otro, del carácter meramente pecuniario de la indemnización (S. RODOTÀ, (1964); C. SALVI, (1985)).

¹⁴ Esta manera de proceder parece que es correcta y oportuna: “el Derecho público”, de hecho, “exige interpretaciones de segundo grado; interpretaciones que vayan al fondo de las razones del Derecho y sepan, en cierto modo, dar cuerpo a las tendencias del futuro para adaptarse a ellas” (SANTI ROMANO (1937), p. 77).

¹⁵ F. G. SCOCA, “Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive nelle esperienze processuali (profili pubblicistici)”, ponencia pronunciada en el Congreso celebrado en Messina el 26 de septiembre de 2003.

la jurisdicción administrativa”¹⁶. La necesidad de proteger al ciudadano en sus relaciones con la Administración Pública representa una constante en el proceso legislativo que, a través de sucesivas intervenciones, ha llevado a la configuración actual de la justicia administrativa italiana. Tal necesidad no es nueva, pero es particularmente intensa en la actualidad como consecuencia del cada vez más vasto campo de intervención del Estado¹⁷.

La Ley 2248/1865, de 20 de marzo de 1865 (Anexo E), amplió el ámbito de la jurisdicción ordinaria para asegurar una adecuada tutela jurisdiccional del ciudadano frente a la Administración¹⁸. Sin embargo, la voluntad del legislador del 1865 no llegó a realizarse en el plano de los hechos, por lo que hubo de crearse una verdadera jurisdicción administrativa: en 1889 se instituyó la IV Sección del Consejo de Estado; la Ley 2992/1889, de 31 de marzo, configuró la tutela frente a la Administración como una tutela esencialmente anulatoria que se realiza a través de la impugnación de las resoluciones de la Autoridad administrativa¹⁹.

Es evidente que esta forma de tutela era –y es– útil para salvaguardar, principalmente, los intereses legítimos *oppositivi*; intereses que, de hecho, se protegen eficazmente con la mera anulación de la resolución administrativa ablatoria o restrictiva²⁰. Esta forma de protección pudo ser suficiente en el momento histórico y económico en que se introdujo. Pero, con la asignación al Estado de nuevas funciones y el consecuente surgimiento de intereses que el ciudadano sólo puede satisfacer a través de la intervención administrativa, un sistema tutelar basado en la anulación se ha demostrado completamente inadecuado²¹. Por eso la jurisprudencia y la doctrina, a través de la interpretación de la originaria y parca disciplina del proceso administrativo, han tratado de superar ese sistema, asegurando la satisfacción de la pretensión sustancial del recurrente. Han enriquecido, en particular, los poderes del juez administrativo y su capacidad de conocer el objeto de la controversia a través, principalmente, del denominado efecto *confirmativo* de la sentencia anulatoria, al que me referiré después.

No obstante, se tiene todavía la sensación de que el tradicional juicio de cancelación presenta carencias como instrumento de tutela del ciudadano frente a la Administración Pública²². Un control “pleno” encuentra un límite significativo en la exigencia de que el juez no invada la esfera de atribuciones reservada al poder administrativo; atribuciones que, como es sabido, están

¹⁶ Corte const., 11 de mayo de 2006, n. 191; Corte const., 6 de julio de 2004, n. 204; Const. Estado, sección. VI, 19 de noviembre de 2003, n. 7470, en Const. Estado., 2003, I, p. 2560. Por lo demás, la misma idea puede encontrarse en parte de la doctrina civil (I. PAGNI (2004), p. 296).

¹⁷ A. AMORTH (1938), p. 245; U. ALLEGRETTI (1996), p. 13; V. DOMENICHELLI (1988), p. 7.

¹⁸ E. GUICCIARDI (1942); S. SORDI (1985), *passim*; A. M. SANDULLI (1963), p. 11.

¹⁹ V. E. ORLANDO (1901), p. 717; L. MORTARA (1923), p. 17; E. SCIALOJA (1939), p. 197.

²⁰ El ejemplo típico es la anulación del acto expropiatorio que satisface por sí el interés del recurrente (F. G. SCOCA (1990), p. 14).

²¹ M. NIGRO (1983), p. 22; V. BACHELET (1966), p. 21; G. BERTI (1987), p. 105 ss.; G. ROEHRSEN (1988), p. 12; M. CLARICH (2005), p. 588.

²² Este planteamiento está fuertemente arraigado y desde hace tiempo. De ahí que, según CAMMEO, resulta altamente “perjudicial” la opinión tradicional de que la jurisdicción administrativa “solamente puede realizarse a través de la cancelación o la inhibición, nunca mediante preceptos” (F. CAMMEO (1912), p. 307).

estrechamente conectadas con la particular legitimación política de la Administración²³. Pero varios factores han favorecido la consecución de mayores cotas de tutela en el proceso administrativo: se han revalorizado los artículos 24, 113, 111 de la Constitución²⁴; y se ha rebajado la rigidez tradicionalmente atribuida al principio de separación de poderes²⁵.

En este sentido es fundamental el concepto de función jurisdiccional que, partiendo de CHIOVENDA, supone que el proceso está orientado a la actuación de la Ley: los jueces son, en última instancia, garantes de la Ley²⁶. Esto vale también para el proceso administrativo²⁷. Los jueces administrativos deben, por tanto, disponer de poderes idóneos para el adecuado desempeño de la jurisdicción, es decir, facultades que aseguren la correcta aplicación de la Ley (y, con ello, la plena satisfacción del interés material del recurrente)²⁸. Es verdad que la discrecionalidad administrativa constituye en muchos casos un serio límite para el poder judicial, pero es igualmente cierto que el juez, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, disfruta de una posición totalmente diferente a la de Administración; una posición institucional de superioridad respecto a ésta que está en plena sintonía con el principio del “proceso justo”²⁹: las prerrogativas de la Administración están justificadas (no en el proceso, sino exclusivamente) en el ámbito de la relación sustantiva que la vincula con el ciudadano, donde ejerce potestades administrativas enderezadas a la consecución del interés público³⁰. Dicho de otro modo, los únicos límites a la satisfacción de la pretensión material del recurrente son los de la disciplina material aplicables al caso concreto³¹.

En relación con los “límites” que impiden garantizar en el proceso la plena actuación de la Ley, es fundamental el planteamiento de CHIOVENDA, al que puede hacerse referencia actualizando sus términos y poniendo el énfasis, no tanto en los “derechos”, sino en las “necesidades de tutela” a que se refiere la doctrina moderna. Según el autor, la “tendencia del proceso a dar al acreedor el máximo posible tiene límites, como es natural: límites de Derecho y límites *de facto*. Los límites jurídicos se manifiestan, particularmente, en la posibilidad o admisibilidad de los medios ejecutivos”. Pero, “marcados estos límites jurídicos, la tendencia del proceso sigue su natural expansión, y sólo se detiene ante la imposibilidad *de facto*”. El autor precisa entonces que, “cuando el proceso es *de facto* incapaz de poner en práctica la Ley, o tendremos un montón de leyes que se quedan sin aplicar o un montón que se transforman, ya que los derechos derivados

²³ Const. Estado, Sez. VI, 19 de enero de 1995, n. 41, en Gior. dir. amm., 1995, p. 976; V. CERULLI IRELLI (1984); PRESUTTI (1910), IV; F. CAMMEO (1902), III.

²⁴ En este orden de ideas, se ha destacado la estrecha conexión entre las normas y el fortalecimiento de los instrumentos de la justicia administrativa bajo la doble perspectiva de la razonable duración del proceso y la utilidad que del mismo puede obtener el recurrente (G. PASTORI (2001), p. 185; G. TARZIA (2001), p. 9).

²⁵ S. BOGNETTI (2003); F. VIOLA – G. ZACCARIA (2003), p. 239; M. NIGRO (1983), p. 86.

²⁶ G. CHIOVENDA (1989), p. 35; M. TARUFFO (2003), p. 1139; A. PROTO PISANI (2002), p. 126; I. PAGNI (2004., *passim*).

²⁷ G. CHIOVENDA (1960), p. 31; G. ROEHRSEN (1988), p. 13; A. ORSI BATTAGLINI (2005), p. 52.

²⁸ G. CHIOVENDA (1960), p. 33; U. POTOTSCHNIG (1969), p. 499; A. AMORTH (1938), p. 245.

²⁹ A. PROTO PISANI (2000), p. 241.

³⁰ F. BENVENUTI (1953), p. 39; F. LEDDA (1996), p. 969; F. LEDDA (1997), p. 1564; A. ORSI BATTAGLINI (2005), p. 62.

³¹ M.S. GIANNINI–A. PIRAS (1970), p. 255; U. ALLEGRETTI (1965), p. 15; C. MARZUOLI (1982), p. 17; F. LEDDA, (1996), p. 955; A. ROMANO (1975), p. 306.

–como el de indemnización de daños- sustituyen los originales”³². Es claro que la indemnización de que habla el autor es una indemnización pecuniaria; en su época toda alusión a la institución compensatoria se refería a la indemnización por equivalente.

Así las cosas, el intérprete debe localizar los límites jurídicos que impiden una plena tutela específica en el proceso administrativo: la reparación en forma específica cabe hasta el límite de la posibilidad jurídica, es decir hasta el punto en el que la condena a la reparación de la posición jurídica dañada –en los modos que se describen después– no perjudique la discrecionalidad administrativa. La discrecionalidad marca el límite de la posibilidad jurídica al juez administrativo para decidir la correcta organización de los intereses protegidos por la Ley. Resulta, pues, decisivo, establecer –con exactitud y sin concesiones a fórmulas genéricas– cuándo se está ante una esfera de decisiones reservadas a la Administración y cuándo, al contrario, cabe una intervención judicial más incisiva.

Puede decirse, en resolución, que el límite máximo que el juez administrativo no puede superar está representado por un juicio basado en reglas jurídicas. Hay que tener en cuenta en este sentido que la condena compensatoria, aunque esté conducida por una cláusula general, debe depender de la aplicación de reglas jurídicas. Tal condena es, por tanto, una condena “en Derecho” en sentido estricto; y puede permitir al juez –a través de la reparación – conseguir la satisfacción de los intereses legalmente protegidos a través de un auténtico juicio “en Derecho”.

4. La reparación en forma específica en el proceso administrativo italiano

En 1999 la Casación afirmó claramente la existencia del derecho a la indemnización de los daños causados por la Administración Pública³³, lo que reafirmó el Legislador en el artículo 7 de la Ley 205/2000³⁴. Después, la Corte Constitucional atribuyó al poder compensatorio un rol significativo para salvaguardar la protección material del ciudadano³⁵. Hay un estrecho vínculo entre la previsión de dicho poder y la evolución de las relaciones entre el ciudadano y la Administración: la toma de conciencia de que la evolución social y de las posiciones jurídicas subjetivas ha hecho surgir la necesidad de un juez administrativo capaz de comprender “las razones y las dinámicas” de una sociedad moderna³⁶. La responsabilidad de la Administración Pública representa, en este sentido, el fruto del establecimiento de una nueva relación entre la Administración y el ciudadano³⁷.

³² G. CHIOVENDA (1960) p. 40.

³³ E. FERRARI (1982), p. 179; E. FOLLIERI (1984); M. CAFAGNO (1996); y F. FRACCHIA (1999), p. 3222.

³⁴ AA.VV., Legge 21 luglio 2000, n. 205. Disposizioni in materia di giustizia amministrativa, en *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2001.

³⁵ Ver las precitadas sentencias 204/2004 y 191/2006.

³⁶ G. BERTI, *Commento* sub art. 113, op. cit., p. 92; Cons. Stato, adunanza generale, parere 12 marzo 1998, n. 30/98, en *Foro it.*, 1998, III, p. 350.

³⁷ F. BENVENUTI (1975), p. 807.

Para la reparación en el proceso administrativo valen las reglas pergeñadas por el Derecho civil, que, caracterizadas por el elemento del “daño injusto” a que hace referencia el artículo 2043 del Código Civil (CC), se han convertido en el sistema de responsabilidad de la Administración. Sin embargo, esto no impide que haya especialidades administrativas en relación con el remedio compensatorio³⁸. En este sentido, cabe preguntarse sobre la posibilidad de elaborar un concepto de “daño injusto” causado por la Administración, teniendo en cuenta el hecho de que ésta –al menos por norma– actúa ejerciendo poder. La institución de la reparación regulada en la Ley 205/2000 es susceptible de una interpretación espontánea en razón del ámbito particular para el que está prevista, es decir, la jurisdicción administrativa. De hecho, la naturaleza estrictamente civil de la reparación no constituye un límite en este plano. Antes bien, permite calibrar y actualizar las “potencialidades” de un instrumento de tutela regulado por una cláusula general como la del “daño injusto”. La exigencia de conocer el punto de vista de la civilística deriva también de las líneas de fondo que comparten los sistemas de Derecho civil y administrativo³⁹. En este sentido, hay una intuición desarrollada a lo largo del presente trabajo: la reparación en forma específica –como remedio particularmente “flexible”– presenta potencialidades aplicativas y márgenes de operatividad mayores en la jurisdicción administrativa que en el proceso entre particulares⁴⁰.

Sobre esta base, puede afirmarse que para el Derecho civil la exigencia de mayores cotas de tutela hace tiempo que viene manifestándose, de lo que es significativa expresión la tradicional crítica a la incapacidad sustancial de los remedios previstos el Código Civil ⁴¹. Viene considerándose, en particular, que los remedios denominados “específicos” no han tenido una difundida aplicación, especialmente en los casos en que hoy más servirían. La razón de que hayan tenido un papel residual es su carácter “típico”, es decir, la limitación de su operatividad a los pocos supuestos en que así se ha previsto específicamente⁴². Esta carencia se ha sentido de manera especialmente intensa en relación con los “nuevos derechos” (a la salud, a la tutela del medio ambiente, etc.) y los “nuevos daños”⁴³. Son casos merecedores de una protección “fuerte” (también motivada por su importancia institucional), pero el Derecho positivo no ha previsto remedios “típicos”, sin que sea suficiente la indemnización meramente pecuniaria (porque ésta no protege adecuadamente intereses de este “peso”). En este contexto, se ha propuesto una interpretación que identifique en el artículo 2058 CC (sobre la indemnización en forma específica) una normativa “fuerte” que incluya la previsión de un remedio “específico” de naturaleza “atípica”; un remedio que asegure la protección adecuada, especialmente respecto a las nuevas “necesidades de tutela” en los casos en que los remedios “típicos” y normales no pueden satisfacer tales necesidades⁴⁴.

³⁸ F. CAMMEO (1960), p. 623; SANTI ROMANO (1937), p. 311; F. BENVENUTI (1996), p. 370.

³⁹ A. DI MAJO (2001), p. 241.

⁴⁰ A. PROTO PISANI (2002), p. 169; A. DI MAJO (2003), *passim*; I. PAGNI (2004), *passim*.

⁴¹ A. DI MAJO (1989), p. 133; G. ALPA (1991), p. 48; G. ALPA (1995), p. 312; F. D. BUSNELLI – A. PATTI (1997), p. 119.

⁴² S. MAZZAMUTO (1978); A. PROTO PISANI (1983), p. 127.

⁴³ F. GALGANO (1995), p. 286; A. DI MAJO (2003), p. 134.

⁴⁴ I. PAGNI (2004), p. 72; M. LIBERTINI (1987), p. 105; A. DI MAJO (2003) p. 167; M. R. MARELLA (1996), p. 66.

Es posible, entonces, tomar las soluciones interpretativas de la doctrina civil como referencia para el análisis de las cuestiones propias del proceso administrativo. La potencialidad operativa de la reparación podría ser incluso mayor en el ámbito de la jurisdicción administrativa respecto al proceso tradicional entre particulares: de hecho, la flexibilidad de la reparación como remedio compensatorio se adapta particularmente bien a la necesidad de “gestionar” conflictos (dinámicos) de interés; conflictos que, como es sabido, constituyen la “regla” en las relaciones de Derecho administrativo, pero que están cada vez más presentes en las relaciones de Derecho privado⁴⁵. En todo caso, la previsión de la reparación en forma específica representa, no sólo la afirmación general de la responsabilidad civil de la Administración, sino también el punto de partida para la superación de los límites tradicionales del sistema de justicia administrativa.

5. La reparación en forma específica en el Código Civil

El instituto resarcitorio nace y se desarrolla en estrecha conexión con el concepto de “daño”: todo remedio compensatorio, sea por equivalente o en forma específica, presupone la existencia de un daño injusto y, a su vez, está destinado a eliminarlo⁴⁶. Por eso la indemnización se distingue de los remedios de carácter específico por su mayor “fluidez”: mientras que la reparación en forma específica está orientada a reconstruir la situación que se “hubiera” creado en ausencia de daño (no simplemente a reconstruir la misma situación “existente” antes del hecho ilícito), el remedio compensatorio conlleva una estimación hipotética y dinámica de la situación⁴⁷.

Estos argumentos están en la base del planteamiento prevalente acerca del origen estrechamente “civil” de la reparación, también en el proceso administrativo⁴⁸. Sin embargo, esta es la tesis más reciente, ya que las primeras elaboraciones conformaban la reparación de otra manera.

⁴⁵ L. BIGLIAZZI GERI (1967); AA.VV., L. BIGLIAZZI GERI (2001).

⁴⁶ Estas notas estructurales y funcionales no se presentan en los remedios de carácter específico. Los instrumentos típicos en forma específica como, por ejemplo, la *restitutio ad integrum* (*reduzione in pristino*) restauran (justamente) el derecho lesionado y la ejecución en forma específica satisface el mismo interés representado en el vínculo obligatorio; pero el resarcimiento, monetario o en forma específica, interviene en un momento posterior y “eventual” al de la producción de la lesión de la posición jurídica de que se trate (C. CASTRONOVO (1997), p. 501; C. SALVI (1989), p. 1084).

⁴⁷ En cambio, esta hipotética valoración no tiene lugar en los casos de ejecución forzosa en forma específica o de tutela restitutoria, pues estos instrumentos persiguen la realización del vínculo obligatorio originario o la mera restauración de la posición jurídica lesionada (M. FRANZONI (1993), sub art. 2058 c.c., §§ IV e VI; A. DI MAJO (2004), p. 134).

⁴⁸ Const. Estado, sez. VI, 18 de junio de 2002, n. 3338, en Dir. proc. amm., 2003, p. 208; Const Estado, sez. V, 14 de abril de 2006, n. 2080; Const Estado, sez. IV, 12 de enero de 2005, n. 45; Const Estado, sez. VI, 15 de noviembre de 2005, n. 6371; Const. Estado, sez. IV, 5 de octubre de 2005, n. 5367; Const. Estado, sez. V, 6 de mayo de 2005, n. 2095; Const. Estado, sez. V, 15 de marzo de 2004, n. 1280, en Conts. Est., 2004, I, p. 575.

6. La reparación en forma específica en la primera jurisprudencia administrativa

Según la primera tesis, el papel de la reparación en forma específica es idéntico al del juicio de ejecución (*ottemperanza*)⁴⁹. Bajo esta óptica, la función del instituto es llevar a cabo las obligaciones derivadas de la sentencia. Dicha reconstrucción no es convincente, ya que coloca la reparación fuera de los remedios compensatorios⁵⁰.

Hay una segunda tesis según la cual la Ley 205/2000 ha introducido en nuestro ordenamiento una acción de cumplimiento por completo análoga a la prevista en el Derecho procesal alemán⁵¹. Pero este planteamiento es también criticable, ya que la reparación, como remedio compensatorio, presupone y –al mismo tiempo– está destinada a la eliminación de un daño y, sin embargo, la acción de cumplimiento no toma en consideración este aspecto⁵².

7. El progresivo agotamiento de los márgenes de elección del poder administrativo

Un aspecto destacable es que, según la jurisprudencia, el juez administrativo tiene el poder de examinar si la pretensión del ciudadano está o no correctamente fundada; y, por tanto, de establecer cómo la Administración habría podido actuar, en el caso en que los márgenes de elección reservados a la Administración se hubieran agotado a medida que la potestad administrativa fue ejercitándose⁵³.

El Consejo de Estado reconoce, en particular, junto al típico y característico efecto *demolitorio* de la sentencia anulatoria (la cancelación del acto ilegal), el denominado efecto “*conformativo*”. El alumbramiento de este último trata de salvar las carencias de un sistema procesal que prohíbe o limita enormemente la imposición judicial de obligaciones. Se dice que, en virtud de este efecto, la Administración tiene la obligación de *conformar* su actuación posterior a la sentencia

⁴⁹ F. TRIMARCHI BANFI (2000), p. 22; P. STELLA RICHTER (2000), p. 439; Const. Estado, sez. V, 6 de agosto de 2001, n. 4239, en Foro it., 2002, III, p. 1.

⁵⁰ G. ABBAMONTE – R. LASCHENA (2001), p. 513; Const. Est., sez. V, 6 de agosto de 2001, n. 4239, en Foro it., 2002, III, p. 1; Const. Estado., sez. IV, 1º de febrero de 2001, n. 396, en Const. Est. 2001, I, p. 188; Const. Estado, sez. IV, 14 de junio de 2001, n. 3169, en Urb. app., 2001, p. 757.

⁵¹ E. FOLLIERI (1999), p. 309; L. CARROZZA – F. FRACCHIA (2000), III, p. 206; P. VIRGA (2000), p. 326; E. FERRARI (2001), p. 894; A. POLICE (2000), p. 310; A. POLICE (2001), p. 314; F. FIGORILLI (2002), p. 403; L. TARANTINO (2003), p. 47.

⁵² Const. Estado, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338; Const. Estado, sez. VI, 7 de julio de 2003, n. 4028, en Const. Estado, 2003, I, p. 1538; Const. Estado, sez. IV, 12 de enero de 2005, n. 45, en Const. Estado, 2005, I, p. 31. En todo caso, aunque no pueda sostenerse que el artículo 7 de la Ley 205/2000 ha introducido en el Derecho italiano una acción de cumplimiento análoga a la alemana, no parece que tal género de acción sea por sí incompatible con el sistema italiano de justicia administrativa.

⁵³ Const. Estado, sec. VI, 18 de junio de 2002, n. 3338; Const. Estado, sec. V, 6 de mayo de 2005, n. 2095; Const. Estado, sec. VI, 3 de abril de 2003, n. 1716, en Const. Est., 2003, I, p. 819; Const. Estado, sec. V, 15 de marzo de 2004, n. 1280, en Const. Est., 2004, I, p. 575.

anulatoria; y esta genérica obligación se traduce en un concreto deber de dictar un acto nuevo (incluso de contenido predeterminado) si ésta es la manera de respetar el *giudicato*, lo que siempre ocurre cuando la resolución anulada es una denegación. Pues bien, según el Consejo de Estado⁵⁴, este efecto “*conformativo*” equivale, sustancialmente, al propio de las condenas de cumplimiento del Derecho alemán. Se dice, en este sentido, que la posibilidad de los tribunales de “obligar a la Administración Pública a actuar de una determinada manera ya está presente en el juicio administrativo gracias al vínculo entre los fundamentos jurídicos y el fallo de la sentencia a la que aquélla debe necesariamente adaptarse”. Así pues, el efecto “*confirmativo*” de la sentencia anulatoria viene permitiendo al juez administrativo averiguar si le corresponde al recurrente la utilidad pretendida⁵⁵ y, en todo caso, decidir sobre la correcta “ordenación de los intereses implicados”⁵⁶.

Así las cosas, la jurisprudencia permite e, incluso, obliga al juez -en razón de las “coordenadas constitucionales y comunitarias de efectividad de la tutela jurisdiccional”- a realizar “una valoración material con ocasión de la cancelación del acto, si no quedan márgenes de discrecionalidad técnica o administrativa y, consecuentemente, si no hay riesgo de ocupar áreas reservadas a la reedición de la acción administrativa”⁵⁷.

⁵⁴ Sobre la variedad de efectos asignados a la sentencia anulatoria (cancelación, restauración y conformación), cfr. M. NIGRO (1983), p. 300.

⁵⁵ Const. Estado, sec. VI, 18 de junio de 2002, n. 3338; Const. Estado, sec. V, 23 de septiembre de 2005, n. 5035; Const. Estado, sec. VI, 15 de noviembre de 2005, n. 6371; Const. Estado, sec. V, 6 de mayo de 2005, n. 2095; Const. Estado, sec. VI, 10 de febrero de 2004, n. 501, en Const. Estado, 2004, I, p. 300; Const. Estado, sec. IV, 15 de junio de 2004, n. 3935, en Const. Estado, 2004, I, p. 1236; Const. Estado, sec. IV, 25 de noviembre de 2003, n. 7778, en Const. Est., 2003, I, p. 2607; Const. Estado, sec. IV, 31 de mayo de 2003, n. 3006, en Const. Est., 2003, I, p. 1249; Const. estado, sec. VI, 21 de enero de 2003, n. 239; Const. Estado, sec. IV, 29 de julio de 2003, n. 4353, en Conts. Estado, 2003, I, p. 1647; Const. Estado, sec. IV, 1º de octubre de 2004, n. 6431, en Const. Estado, 2004, I, p. 2050; Const. Estado, sec. VI, 26 de febrero de 2003, n. 1086, en Const. Est., 2003, I, p. 435; Const. Estado, sec. IV, 5 de agosto de 2003, n. 4449, en Conse. Est., 2003, I, p. 1682; Const. Estado, sec. IV, 15 de diciembre de 2003, n. 8217, en Const. Est., 2003, I, p. 2763; Const. Estado, sec., IV, 8 de julio de 2003, n. 4040, en Const. Est., 2003, I, p. 1546; Const. Estado, sec. IV, 5 de agosto de 2003, n. 4449.

⁵⁶ Const. Estado, sec. IV, 6 de octubre de 2003, n. 5820, en Const. Est., 2003, I, p. 2099; Const. Estado, sec. V, 2 de septiembre de 2005, n. 4461, en Urb. app., 2006, p. 183; Const. estado, sec. V, 25 de febrero de 2003, n. 1077; Const. Estado, sec. VI, 31 de agosto de 2004, n. 5729, en Const. Estado, 2004, I, p. 1688; Const. Estado, sec. VI, 24 de septiembre de 2004, n. 6261; Const. Estado, sec. VI, 1º de octubre de 2004, n. 6457; Const. Estado, sec. V, 7 de abril de 2004, n. 1981; Const. Estado, sec. V, 7 de abril de 2004, n. 1980; Const. Estado, sec. V, 1º de octubre de 2003, n. 5674; Const. Estado, sec. V, 30 de junio de 2003, n. 3871; Const. Estado, sec. V, 19 de febrero de 2003, n. 921; Const. Estado, sec. IV, 28 de abril de 2006, n. 2408; Const. Estado, sec. V, 11 de enero de 2006, n. 36; Const. Estado, sec. IV, 5 de octubre de 2005, n. 5367, en Foro it., Rep. 2005, voz Contratti della P.A., n. 704; Const. Estado, sec. IV, 22 de febrero de 2005, n. 751, en Const. Estado, 2005, p. 408; Const. Estado, sec. IV, 15 de febrero de 2005, n. 478; Const. Estado, sec. IV, 22 de junio de 2005, n. 3347; Const. Estado, sec. IV, 5 de octubre de 2005, n. 5367; Const. Estado, sec. V, 25 de octubre de 2005, n. 2805.

⁵⁷ Cons. Estado, sec. IV, 27 de octubre de 2003, n. 6666, en Foro it., 2004, III, p. 1.

8. El daño “injusto” derivado del ejercicio ilegítimo del poder administrativo

Para reconstruir el instituto de la reparación en forma específica en el proceso administrativo italiano es útil comprobar cómo las interpretaciones basadas en las nociones tradicionales son cuestionables. Tales interpretaciones conciben la institución a través de lógicas ajenas a la responsabilidad civil, descuidando un aspecto decisivo: el juicio impugnatorio tiene el objetivo de verificar la ilegalidad de la resolución para anularla; mientras que la condena compensatoria tiende a la verificación de la responsabilidad del agente lesivo con el fin de reparar un daño injusto. Se trata, pues, de condenas con presupuestos y funciones diferentes.

La interpretación de la reparación debe basarse, en primer lugar, en el artículo 7 de la Ley 205/2000, no en los modos de entender los poderes tradicionales del juicio impugnatorio. Esto significa, fundamentalmente, reconocer la centralidad –también en el juicio compensatorio desarrollado en el ámbito de la jurisdicción administrativa– del presupuesto del “daño injusto”.

Resulta necesario, pues, elaborar un concepto adecuado de “daño injusto” para describir los supuestos de ejercicio ilegítimo del poder: solo así puede captarse el peculiar modo en que opera el instrumento compensatorio en relación con la Administración. Este enfoque cuenta, además, con el apoyo de la Corte constitucional, de la Sección plenaria del Consejo de Estado y de las Secciones Unidas de la Casación, que señalan en este sentido que la jurisdicción administrativa (incluida la de carácter exclusivo) siempre y en todo caso presupone el ejercicio de un poder administrativo⁵⁸. La concreción del significado del “daño injusto” causado por la Administración con ocasión del ejercicio del poder administrativo permite aislar las “modalidades operativas” de la reparación propias de la jurisdicción administrativa; modalidades cuya configuración técnica ha de asegurar, precisamente, la efectiva eliminación de ese daño.

Partiendo de una opinión generalizada, puede afirmarse que la definición de “daño resarcible” constituye una operación de mero Derecho positivo: no puede acuñarse una noción de daño al margen de las disposiciones legislativas en materia de indemnización⁵⁹. Consecuentemente, el concepto de “daño injusto” y el correlativo remedio compensatorio han de adaptarse al tipo de interés lesionado que debe protegerse. De este modo, hay que examinar las características del daño derivado de la acción administrativa ilegal o irregular para establecer las modalidades compensatorias adecuadas y proceder a su eliminación, pues el remedio compensatorio idóneo ha de elegirse en función del “tipo de interés” lesionado. En resolución, si el ejercicio de un poder genera un daño resarcible, la definición de este último debe partir de las peculiaridades de

⁵⁸ Corte const., 6 de julio de 2004, n. 204; Const. Estado, Ad. Plen., 16 de noviembre de 2005, n. 9; Cass. civ., sec. un., 18 de octubre de 2005, n. 20117.

⁵⁹ A. DI MAJO (2005), p. 245 (part. nota 2), 247 y 249 (part. nota 7); y, del mismo autor, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 226.

ese poder⁶⁰. En este sentido, la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado afirma que la lesión de un interés legítimo constituye una “peculiar forma de ilícito, definido por el ilegítimo ejercicio de un poder público”⁶¹.

Para delinear los caracteres del “daño injusto” ocasionado por la Administración hay que tener en cuenta, además, el tipo de controversia en que los tribunales han acordado con mayor frecuencia el derecho a indemnización: conflictos en materia de adjudicación de contratos (*appalti*). En estos casos, el juez administrativo, partiendo del presupuesto del daño injusto, investiga si el recurrente hubiera resultado adjudicatario de haberse tramitado adecuadamente el procedimiento⁶²: esto es posible por el hecho de que la comprobación de la injusticia del daño conduce muchas veces a la constatación de una ilegalidad material en el acto de adjudicación⁶³. Es, además, consecuencia del “juicio pronóstico” sobre el resultado de un procedimiento hipotético conducido conforme a la disciplina sectorial aplicable; juicio que la Casación consideró indispensable en la notable sentencia 500/1999 para condenar a la Administración al pago de la indemnización⁶⁴. Esto significa que para poder ordenar la reparación del daño, el juez

⁶⁰ Casas., sec. lav., 24 de marzo de 2004, n. 5941, en Const. Estado, 2004, II, p. 1577; Const. Estado, sec. VI, 14 de marzo, 2005, n. 1047, en Urb app., 2005, p. 1060; Const. Estado, sec. IV, 7 de marzo de 2005, n. 887; Const. Estado, sec. IV, 3 de mayo de 2005, n. 2140, en Const. Estado, 2005, I, p. 863. Por lo demás, este es el criterio del informe que sintetiza los trabajos de la comisión de estudio instituida por los Presidentes de la Corte de Casación y del Consejo de Estado para el análisis de los problemas de mayor importancia en materia de distribución de asuntos entre jurisdicciones (en Foro it., 2004, V, p. 18).

⁶¹ Const. Estado, sec. VI, 14 de marzo de 2005, n. 1047; Const. Estado, sec. V, 22 de noviembre de 2005, n. 6499, en Foro adm., 2005, p. 3315; Casas. sec. III, 29 de marzo de 2004, n. 6199, en Const. Estado, 2004, II, p. 1585; Const. Estado, sec. IV, 10 de agosto de 2004, n. 5500, en Const. Estado, 2004, I, p. 1654; Const. Estado, sec. IV, 4 de enero de 2005, n. 2, en Const. Estado, 2005, I, p. 1; Const. Estado, sec. V, 19 de abril de 2005, n. 1792, en Const. Estado, 2005, I, p. 697.

⁶² Const. Estado, sec. VI, 14 de marzo de 2005, n. 1047; Const. Estado, sec. V, 22 de noviembre de 2005, n. 6499, en Foro adm., 2005, p. 3315; Const. Estado, sec. IV, 4 de marzo de 2003, n. 1196, en Const. Est., 2003, I, p. 569; Const. Estado, sec. IV, 20 de mayo de 2003, n. 2708, en Const. Est., 2003, I, p. 1158; Const. Estado, sec. V, 30 de junio de 2003, n. 3871, en Const. Est., 2003, I, p. 1447; Const. Estado, sec. VI, 27 de agosto de 2001, n. 4519, en Const. Est., 2001, I, p. 1818; Const. Estado, sec. IV, ord. 20 de enero de 2003, n. 172, en Const. Est., 2003, I, p. 174; Const. Estado, sec. VI, 27 de marzo de 2001, n. 1774, en Const. Estado, 2001, I, p. 776; Const. Estado, sec. IV, 11 de septiembre de 2001, n. 4744, en Const. Est., 2001, I, p. 2060; Const. Estado, sec. V, 22 de noviembre de 2005, n. 6499, en Foro adm., 2005, p. 3315.

⁶³ El argumento ha adquirido en la actualidad una particular fuerza y capacidad persuasiva a la luz del nuevo artículo 21-*octies*, párrafo segundo, de la Ley general 241/1990 sobre el procedimiento administrativo italiano, según el cual “no resulta anulable la resolución adoptada con infracción de las normas de procedimiento o forma, si, por tratarse de una resolución de carácter reglado, es evidente que su contenido dispositivo no habría sido distinto si se hubiera adoptado correctamente” (V. CERULLI (2004), p. 187; S. CIVITARESE MATTEUCCI (2006).

⁶⁴ Constituye un principio consolidado que, para condenar a la Administración al pago de la indemnización, es necesario determinar “si el daño acaecido puede reputarse injusto en función de su incidencia en un interés relevante para el Derecho, sin perjuicio de que tal interés pueda ser un derecho subjetivo (absoluto o relativo) o un interés legítimo (dirigido a la protección de un determinado bien de la vida, cuya lesión se califica de relevante a estos efectos)” (Casas. sec. III, 29 de marzo de 2004, n. 6199, en Const. Estado, 2004, II, p. 1585; Const. Estado, sec. IV, 10 de agosto de 2004, n. 5500, en Const. Estado, 2004, I, p. 1654; Const. Estado, sec. IV, 4 de enero de 2005, n. 2, en Const. Estado, 2005, I, p. 1; Const. Estado, sec. V, 19 de abril de 2005, n. 1792, en Const. Estado, 2005, I, p. 697).

debe averiguar cuál habría sido la ordenación de intereses que Administración hubiera debido realizar si hubiese actuado correctamente: sólo con la verificación previa de dicha ordenación puede comprobarse la existencia de un daño injusto indemnizable⁶⁵.

Cuanto se ha dicho permite evidenciar las potencialidades de la reparación en forma específica dentro de la jurisdicción administrativa como jurisdicción destinada a lidiar siempre y en todo caso con el poder administrativo⁶⁶. En este sentido, la Sección Plenaria del Consejo de Estado ha destacado cómo la jurisdicción administrativa – y, en particular, la que se ocupa de cuestiones resarcitorias– constituye un instrumento ulterior de tutela del ciudadano frente a la Administración. Esto significa que, a diferencia de lo que ocurre en el juicio compensatorio “normal” entre particulares, en el juicio compensatorio *ex art. 7 Ley 205/2000* adquiere importancia el elemento que justifica la existencia misma de la jurisdicción administrativa, esto es, la inherencia de la controversia a una situación de poder de la Administración⁶⁷. En otras palabras, dentro de la jurisdicción administrativa, el juicio compensatorio “normal” tiene por objeto siempre, en última instancia, el poder, pues el “daño injusto” objeto de la reparación deriva, precisamente, de una acción administrativa ilegítima. En conclusión, dentro del juicio compensatorio que lleva a cabo el juez administrativo, el daño injusto es la ilegítima ordenación de intereses derivada del ejercicio irregular del poder administrativo. La eliminación del daño injusto implica, por tanto, la consecución de una ordenación correcta de esos intereses y, por tanto, la satisfacción de la pretensión material del recurrente.

9. La naturaleza de la responsabilidad de la Administración Pública

Como es sabido, la indemnización pecuniaria garantiza exclusivamente una tutela cuantitativa (no cualitativa) de los intereses dañados. Esto pone de manifiesto el margen operativo de la reparación en el juicio administrativo: ésta intervendrá para asegurar la tutela material y efectiva de intereses que –por su relevancia– “merecen” más protección que la meramente cuantitativa, pero que, por presentarse en situaciones problemáticas –carentes de una solución exhaustivamente delineada en la regulación aplicable– no pueden garantizarse adecuadamente mediante el denominado efecto *conformativo* de la sentencia anulatoria.

En este orden de ideas, hay que tener en cuenta que la responsabilidad de la Administración en supuestos de ejercicio ilegítimo de una potestad es una responsabilidad “entre conocidos” o por

⁶⁵ Cuanto se ha dicho puede resumirse eficazmente con la máxima jurisprudencial de que “hay un daño injusto (...) cuando el recurrente no ha resultado adjudicatario y, en cambio, lo habría sido si no hubiera intervenido el acto ilegal que le excluía de la licitación” (TAR Lazio, sez. II, 3 luglio 2002, n. 6115, en I TAR, 2002, I, p. 2788).

⁶⁶ Corte cosnt., 6 de julio de 2004, n. 204; Corte cosnt., 11 de mayo de 2006, n. 191; Casas., sec. un., ord. 25 de enero de 2006, n. 1373, id., 23 de enero de 2006, n. 1207, id., 24 de febrero de 2005, n. 3822; Const. Estado, ad. plen., 9 de febrero de 2006, n. 2; Cons. Estado, 16 de noviembre de 2005, n. 9.

⁶⁷ A. TRAVI (2003), p. 2599; Const. Estado, ad. plen., 16 de noviembre 2005, n. 9; Casas., sec. un., 18 de octubre de 2005, n. 20117.

“contacto social”, es decir, una responsabilidad que, al igual que la de carácter contractual, surge en el contexto de una relación jurídica previa entre el dañante y el perjudicado. Pues bien, también en la responsabilidad contractual la reparación en forma específica es la reacción más apropiada ante la producción del daño: con ella “se trata, no sólo de reaccionar ante un daño repentino para restaurar el patrimonio al *statu quo ante*, sino, además, de dotar a tal patrimonio, mediante una estimación hipotética, de la consistencia (...) cualitativa de la que habría gozado de no haber tenido lugar el hecho ilícito o el incumplimiento”⁶⁸.

La configuración de la responsabilidad de la Administración en estos casos como una responsabilidad de naturaleza “contractual” o “de contacto” refuerza así las potencialidades de la reparación en el proceso administrativo, ya que facilita la configuración del juicio resarcitorio como un examen destinado a colocar al perjudicado en la situación en que *de facto* y de Derecho se habría encontrado de no haber medido el hecho ilícito. La disciplina reguladora de esa relación o contacto entre la Administración y el ciudadano refuerza así esa reconstrucción del juicio compensatorio⁶⁹.

Así las cosas, el juicio compensatorio debe desarrollarse atendiendo a la regulación que afecta a la “relación” de los sujetos implicados y su resultado final puede ser, según veremos, la identificación de una regla para el caso concreto y la condena a la Administración a actuar conforme a ella.

10. El juicio “en Derecho” como juicio de comprobación de la injusticia del daño

Los criterios del juicio de responsabilidad civil general guían también el juicio resarcitorio de la Administración. La responsabilidad es una institución general aplicable a la Administración con las solas modificaciones impuestas por el interés público y los principios del Derecho público. Tal cosa es perfectamente compatible con el dato de que la Administración, para alcanzar sus fines institucionales, ejerce, por lo general, potestades a las que el ciudadano queda sujeto.

La circunstancia de que el Derecho público refleje relaciones con contenidos o sujetos dotados de un “valor social netamente diferenciado” no conlleva la exclusión de la obligación de indemnizar el daño causado por la Administración, entre otras cosas, porque la responsabilidad civil constituye una de las instituciones pertenecientes “al mecanismo fundamental del Derecho” y, en cuanto tal, no se presenta “en modo radicalmente diferente” en los Derechos civil y administrativo⁷⁰. Como en el juicio civil, en el administrativo, para comprobar si hay daño injusto –y, consecuentemente, para conceder la indemnización– debe desarrollarse un examen comparativo de los intereses en conflicto. Dicha operación no es extraña o incompatible con los

⁶⁸ C. CASTRONOVO (1997), p. 24; DI MAJO (2003), p. 269, no sólo M. FRANZONI (1993), p. 1097.

⁶⁹ Casas., sec. I, 11 de junio de 2003, n. 9366, en Foro it., 2003, I, op. 3359.

⁷⁰ F. CAMMEO (1960), p. 82 y p. 623; F. BENVENUTI (1975), vol. I, p. 807; U. ALLEGRETTI (1965), pp. 7 ss., F. LEDDA (1997), p. 1573; A. AZZARITI (1989), p. 351; S. CIVITARESE MATTEUCCI (2006), p. 395; A. TRAVI (2006), p. 102.

caracteres de la jurisdicción administrativa italiana, pues a menudo la solución de controversias –incluidas las de tipo resarcitorio, también entre particulares– se lleva a cabo a través de valoraciones del interés público: si este tipo de valoraciones caracterizan cada vez más las decisiones del juez civil, con más razón pueden caracterizar las del administrativo⁷¹. La responsabilidad civil no es sólo un instrumento al servicio de la compensación de daños; es también un medio para solucionar los conflictos de interés propios de una sociedad compleja⁷².

Al igual que en el proceso civil, en el administrativo, el juicio comparativo de los intereses en conflicto en cuestiones resarcitorias se lleva a cabo de conformidad con los principios del ordenamiento jurídico: de este modo se identifica el interés prevalente; aquél cuya realización concreta justifica el sacrificio de los demás implicados. Las Secciones Unidas de la Casación afirman en la precitada sentencia 500/1999 que no es posible establecer *a priori* los intereses merecedores de tutela, dada la atipicidad del hecho ilícito *ex* artículo 2043 CC. Consecuentemente, “la labor del juez consiste en seleccionar los intereses jurídicamente relevantes, ya que sólo la lesión de uno de este tipo genera un “daño injusto”, y, a tal efecto, debe realizarse un juicio de comparación de los intereses en conflicto, es decir, el del sujeto que se declara perjudicado y el perseguido mediante el comportamiento lesivo, al objeto de verificar si el sacrificio del primero encuentra o no justificación en la realización del segundo, en razón de su prevalencia”.

La comparación y la valoración no quedan abandonadas, claro está, al arbitrio judicial; se realizan a la luz del Derecho positivo⁷³. Esta solución presenta interesantes consecuencias para este estudio. En relación con los denominados “intereses *pretensivos*, aquellos cuya lesión se produce en supuestos de denegación ilegal de la utilidad esperada o de retraso injustificado en el otorgamiento, deberá valorarse la consistencia de la protección que la norma reserva a las pretensiones del ciudadano de ampliar de su esfera jurídica”. Esta valoración consiste en un juicio pronóstico realizado conforme a la normativa del sector que indique la medida en que la pretensión está adecuadamente fundada y, consecuentemente, si el actor es titular de una mera expectativa -no protegible en cuanto tal- o de una posición de confianza objetiva en el resultado positivo, esto es, una situación que, según la disciplina aplicable, estaba destinada, según un criterio de normalidad, a concluir de manera favorable, resultando, así, jurídicamente protegida.

⁷¹ Por lo demás, el Consejo de Estado ya declaró que el juez administrativo, dada su experiencia “en el control del ejercicio del poder”, debería ser quien determine los presupuestos de la indemnización del daño en el juicio administrativo; esto a través de “la cláusula general del daño injusto”: la “interpretación” del elemento del daño injusto constituye en este sentido “la esencia de la jurisdicción del juez administrativo en materia” (Const. Estado, 12 de marzo de 1998, n. 30/98).

⁷² C. SALVI (1983), V, p. 234; S. RODOTA’ (1964); M. CAFAGNO (1996).

⁷³ Esto “con el fin de comprobar si, y con qué consistencia e intensidad, el ordenamiento garantiza protección al interés lesionado a través de específicas previsiones (resolviendo así de raíz el conflicto, como ocurre con los intereses tutelados bajo la forma del derecho subjetivo, sobre todo si son derechos constitucionales o de la personalidad) o tomándolos en consideración de otra manera (diferente de la tutela compensatoria), igualmente expresiva de la necesidad de protegerlos”.

Este planteamiento suscita varias reflexiones. En primer lugar, este modo de operar (que presupone la aplicación de “valoraciones estándar” para determinar la injusticia del daño) es compatible con la “mentalidad” del juez administrativo y con el tipo de valoraciones que normalmente realiza en el contexto del proceso tradicional. En este proceso es frecuente la utilización de estándares. Así, por ejemplo, al controlarse el acto administrativo bajo la óptica de la desviación de poder, se acude a las denominadas “figuras sintomáticas”⁷⁴. La segunda cuestión es la importancia que los valores constitucionales cobran dentro del juicio compensatorio. Se trata de un aspecto decisivo, pues, al igual que en el proceso civil, en el administrativo, la peculiar consistencia de los intereses (o de los valores constitucionales) objeto del juicio resarcitorio condiciona la elección del concreto remedio compensatorio apto para eliminar el daño.

No puede sostenerse que en los supuestos examinados el juzgador realiza, en realidad, valoraciones extrajurídicas que, en realidad, no le corresponden: el juez, al aplicar la cláusula general de la injusticia del daño, está decidiendo a través de un juicio “en Derecho” en sentido estricto. Tomar conciencia de que el juicio “en Derecho” puede habilitar una sustitución de las valoraciones administrativas, que quedan configuradas como valoraciones “fungibles” o sustituibles⁷⁵ –y, por tanto, no exclusivamente reservadas a la Administración– tiene relevantes consecuencias, pues el ámbito de lo no controlable puede delimitarse mediante el cuidadoso examen de la normativa aplicable, atendiendo al grado de su exhaustividad, es decir, a través de un examen del que deriva la máxima capacidad preceptiva posible de la regulación de que se trate”; porque donde “exista un criterio jurídico de decisión no debería existir un área de infiscalizabilidad”⁷⁶.

Las cláusulas de la injusticia del daño permiten de este modo al juzgador llevar a cabo un juicio “de Derecho” particularmente intenso sobre la ordenación de los intereses realizada por la Administración y, consecuentemente, sobre la calificación jurídica del presupuesto fáctico de la potestad; un juicio que, sin embargo, no debe superar los límites de la reserva administrativa, es decir, las valoraciones de estricta oportunidad propias de la Administración. Esto es así, naturalmente, siempre que el control judicial se refiera a valoraciones que ha realizado la Administración a la luz del Derecho; valoraciones que, por tanto, pueden captarse como “fungibles” o sustituibles a través de un juicio –de Derecho, precisamente– que comprueba si la acción administrativa ha generado un daño injusto.

En síntesis, un juicio fundado en cláusulas generales –como la resarcitoria– expresa siempre valoraciones jurídicas, análogas a las de la Administración que ejerce discrecionalidad. Esto porque –y este es el punto que interesa subrayar– la discrecionalidad administrativa implica el ejercicio de “Derecho” y expresa en todo caso un “valor jurídico”⁷⁷. En estos casos, por tanto, el

⁷⁴ C. MARZUOLI (1998), p. 130; G. SALA (1993), p. 211.

⁷⁵ M. TARUFFO (1975), *passim*, no sólo del mismo autor, más reciente, (1991), p. 118.

⁷⁶ B. TONOLETTI (2001), p. 103.

⁷⁷ C. MARZUOLI (1998), p. 92.

juez que define lo que debería ser la legítima ordenación de los intereses en el supuesto concreto se vale de reglas jurídicas en el más estricto de los sentidos.

11. Las decisiones jurídicas de la Administración como decisiones “sustituibles”

Lo que cuenta es el dato jurídico, sin que puedan reputarse infiscalizables las valoraciones administrativas por el solo hecho de que quien las tiene atribuidas es un Administración pública: las decisiones administrativas presentan un inevitable componente jurídico, en el sentido de que el ejercicio del poder se compone de valoraciones jurídicas y, en cuanto tales, sustituibles y no reservadas exclusivamente a la Administración. De modo que todo reproche referido a este género de valoraciones debe admitirse, pues dónde cabe la aplicación de la Ley cabe la intervención del juzgador. Aquí radica la esencia de la función judicial y la razón de ser de la jurisdicción administrativa.

Una adecuada comprensión de las amplias posibilidades de control judicial de la actividad administrativa exige tomar en consideración la diferente posición del juez según que la discrecionalidad administrativa esté o no agotada (o lo esté sólo parcialmente)⁷⁸. Resulta igualmente importante distinguir, ante la pluralidad de soluciones posibles, el caso de la Administración que, basándose en criterios estrictamente políticos, escoge una de entre varias posibilidades igualmente lícitas; del supuesto de la Administración que elige una opción no prevista en la Ley, lo que ocurre siempre que la resolución se basa en la incorrecta comprobación de los presupuestos de hecho habilitantes del ejercicio de la potestad. En el primero, la decisión afecta al denominado *merito* administrativo, quedando, por tanto, excluido el control judicial por ausencia de normas que permitan la fiscalización. Pero en el segundo, el juez administrativo dispone de criterios (jurídicos) para examinar la legalidad (la conformidad a Derecho) de la resolución⁷⁹. Así pues, el acto adoptado en razón de una inexacta comprobación de los hechos justificativos del ejercicio del poder (en un determinado sentido) es ilegal por adoptarse en ausencia de los presupuestos fácticos previstos en la Ley.

A su vez, la circunstancia de que la comprobación de esos presupuestos fácticos constituya a veces una tarea compleja por requerir la aplicación de reglas técnicas no significa que tal comprobación escape al ámbito de la legalidad controlable⁸⁰. Por eso puede afirmarse en relación con la discrecionalidad técnica que la Administración Pública, dentro de un proceso administrativo que es “paritario” según la Constitución italiana, no goza de una posición de

⁷⁸ F. LEDDA (1997), p. 332.

⁷⁹ L. BENVENUTI (2002), p. 66.

⁸⁰ En efecto, cuando la aplicación de la norma exige, por ejemplo, que la Administración emplee criterios técnicos, el control del juez está destinado a comprobar si esos criterios se han utilizado correctamente y, por tanto, si la Administración ha respetado la norma; se trata, pues, de una valoración que puede reconducirse con toda seguridad al ámbito del control de la legalidad del acto administrativo (U. ALLEGRETTI (1965), p. 69).

“superioridad” en el sentido de que sus valoraciones deban considerarse más atendibles o “insuperables”⁸¹.

Estas consideraciones cobran una relevancia especial en el presente estudio ya que el “hecho justificativo” del ejercicio del poder (sobre todo el ejercicio en un cierto sentido) incide no sólo – como acaba de señalarse – en el alcance del control, sino también en el contenido de la tutela y, consecuentemente, en los posibles remedios ante la ilegalidad. La cuestión de la “calificación jurídica” del hecho se relaciona estrechamente con un importante dato del que es preciso tomar conciencia: la resolución administrativa final “se presenta cada vez más claramente como una suerte de resumen de las decisiones y de las elecciones que han ido paulatinamente adoptándose a lo largo del procedimiento”⁸². El ejercicio de la acción administrativa conlleva y lleva a la “concreción” del “hecho justificativo” de la acción administrativa; en virtud, precisamente, de esta operación, pueden localizarse los presupuestos del poder condicionantes de la “manera” de ejercerlo y, consecuentemente, del contenido de la resolución final⁸³.

El procedimiento que canaliza el ejercicio de poder constituye así, en definitiva, una cadena de “decisiones posibles” por cuanto el desarrollo de la acción administrativa supone la “selección progresiva de las hipótesis que, potencialmente, pueden traducirse en la resolución final”. Es obvio que esta operación de selección gradual de alternativas no está abandonada al mero arbitrio administrativo: la elección que lleva a cabo la Administración entre las diferentes hipótesis posibles de resolución del procedimiento constituye una decisión controlable dentro del juicio de legalidad⁸⁴.

En conclusión, de la misma manera que la presencia de normas incompletas no significa que la interpretación se abandone al arbitrio del intérprete, la existencia de discrecionalidad no implica que, *a priori*, deje de haber criterios jurídicos aplicables. Es ciertamente probable que, en razón de las específicas características del caso, la Administración sólo pueda escoger (legalmente) una solución de entre todas las inicialmente imaginables⁸⁵. Consecuentemente, el juez administrativo puede en estos casos establecer cuál es esa (única) solución legal. Son supuestos en que los márgenes de discrecionalidad fueron agotándose progresivamente de modo tal que la legítima

⁸¹ El juez (también el administrativo) debe ser *super partes* de modo tal que su juicio no esté condicionado por la autoridad o de la especial cualificación técnica de una de las ‘partes’ de la causa. Esto se refleja igualmente en el plano de la discrecionalidad ‘pura’ y supone reconocer que, a veces, el juez administrativo dispone de criterios jurídicos para investigar cuál es la correcta calificación del hecho justificativo del ejercicio del poder (en un concreto sentido): tampoco aquí la Administración goza de una posición privilegiada, sin que, por tanto, pueda preferirse la afirmación de una ‘parte’ por el dato de que se encuentra plasmada en una resolución administrativa (A. TRAVI (2004), p. 460, A. TRAVI (2006), p. 313).

⁸² C. MARZUOLI (1998), p. 97.

⁸³ M. CARDI (1984), p. 37; F. LEDDA (1964), p. 42 y p. 298. Por esta razón pesa sobre la Administración la obligación de recabar con exhaustividad y exactitud la información sobre los hechos que fundamentan el ejercicio de la potestad; obligación que han reforzado las recientes reformas de la Ley 241/1990 (cfr., por ejemplo, el artículo 10-bis).

⁸⁴ M. CARDI (1984), p. 82; U. ALLEGRETTI (1965), p. 192 e p. 230.

⁸⁵ M. CARDI (1984), p. 106.

ordenación de los intereses implicados deriva del curso del procedimiento. Tal ordenación puede identificarla el juez a la hora de fiscalizar la resolución final sin que, por esto esté traspasando los límites del control judicial de legalidad. De este modo, se respeta la discrecionalidad administrativa y la intervención judicial manifiesta plenamente la esencia de la función jurisdiccional por cuanto consigue imponerse la solución que es conforme a la Ley, lo que, en última instancia, constituye la razón ser de la jurisdicción administrativa.

La reparación en forma específica es útil justamente en este tipo de casos. El instituto se comporta como un instrumento para la adopción de la decisión “justa” una vez que el juez ha reconstruido el “hecho” en su totalidad, estableciendo su dimensión estricta, es decir, una vez que ha identificado las diferentes alternativas de ordenación de intereses, comprobando que hay una sola solución legal -dentro de los límites posibles: los caracteres del “hecho” y la normativa aplicable-. En síntesis, al determinar la existencia de un daño injusto, el juez establece el interés que en el caso concreto debe prevalecer; y, mediante la reparación en forma específica, condena a la Administración a satisfacer ese interés imponiendo la única ordenación legalmente posible de los intereses legítimos implicados. Se trata de una operación perfectamente admisible en la medida en que es expresión de un estricto control de legalidad. Por lo demás, la peculiaridad de la injusticia del daño derivado del ejercicio ilegal del poder constituye, a la postre, la razón de que pueda proporcionarse la tutela reparadora consistente en la condena a la realización de una conducta específica.

12. La reparación en forma específica como remedio para imponer la ordenación legalmente exigida de los intereses implicados

En los conflictos administrativos se entrelazan intereses públicos de la Administración e intereses materiales del ciudadano y esto afecta a las modalidades resarcitorias concretas. En este sentido, no cabe duda de que la introducción legal del remedio compensatorio en la jurisdicción administrativa obedece a la necesidad de reforzar la protección en el proceso de esos peculiares intereses. De entre estos, hay los que fundamentan verdaderas pretensiones del particular -de relevancia incluso constitucional-, para los que resulta completamente inadecuada la compensación exclusivamente económica⁸⁶. El daño derivado del ejercicio irregular del poder presenta notas peculiares que demandan una protección indemnizatoria -no meramente pecuniaria, sino- completamente satisfactoria; afirmación ésta que puede apoyarse, además, en el dato de que el carácter público del agente dañoso, lejos de representar un límite a una satisfacción total, constituye, en realidad, un argumento fuerte para establecer la realización plena del resultado debido: esto porque “la Administración no puede hacer valer ciertos límites

⁸⁶ M. NIGRO (1994), p. 236.

a la posibilidad de sustitución cuando la Ley refleja una voluntad extrema de salvaguardar la esfera de los intereses privados”⁸⁷.

La premisa de todo razonamiento en la materia debe ser que la indemnización –por definición– no se limita a restaurar el patrimonio *statu quo ante*, sino que, mediante una valoración hipotética, le dota de la consistencia cuantitativa –con el resarcimiento por equivalente– o cualitativa –con la reparación– que tendría en ausencia del hecho ilícito o del incumplimiento y, consecuentemente, en ausencia del daño.

Ciertamente, para proteger los intereses *oppositivi* basta, en principio, la mera “restauración” de la situación anterior al hecho lesivo, pero tal remedio no es suficiente para tutelar los intereses *pretensivi*. Estos últimos fundamentan una pretensión material del ciudadano de ampliar su esfera jurídica cuya realización exige el ejercicio de un poder. Pues bien, si el daño que afecta el interés *pretensivo* deriva del ejercicio irregular de ese poder, la plena satisfacción exige que la indemnización garantice, no ya la situación anterior del hecho ilícito, sino la que habría tenido lugar si la Administración hubiera actuado correctamente. Por eso, para brindar tutela, es preciso examinar el fundamento de la pretensión material del recurrente a la luz del ordenamiento jurídico: Debe enjuiciarse, en última instancia, cuál es la ordenación legalmente posible de los intereses implicados.

Hay que admitir, no obstante, que resulta difícil afirmar que el juez puede eliminar este tipo de daño porque el examen del modo correcto de ordenar los intereses implicados constituye una potestad típicamente administrativa. En este sentido, la esencia de la discrecionalidad administrativa es, según GIANNINI, la posibilidad de ponderar los intereses, públicos y privados, involucrados en el supuesto concreto al objeto de definir y fijar adecuadamente el interés público que ha de perseguirse⁸⁸: a través de la ponderación, la Administración elabora su propia “regla” para ejecutar esa correcta ordenación. El ejercicio del poder expresa, por tanto, una valoración “dinámica” de intereses desarrollada a la luz de la disciplina del sector y de los principios generales del ordenamiento; y tiende a identificar el interés prevalente (interés público concreto), aquél cuya realización justifica el sacrificio de los demás implicados.

Así las cosas, para admitir que el juez administrativo, en virtud de la reparación, puede proporcionar la satisfacción de la pretensión material del recurrente previa eliminación –directa– del daño, tiene que tener atribuida la facultad de definir la concreta ordenación de intereses querida por el Derecho y, por tanto, la capacidad para articular la “regla” que rige la específica relación considerada. Sobre la base de lo anteriormente explicado, puede argumentarse que el juez dispone de esa facultad cuando, en el marco del juicio resarcitorio, valora la injusticia del daño: en efecto, el juez declara la injusticia del daño previa determinación del interés prevalente

⁸⁷ A. TRAVI (1997), V, p. 178. Por lo demás, es ciertamente importante la puntualización de que, para la realización de la “imparcialidad” administrativa misma, es indispensable una tutela jurisdiccional plena y satisfactoria: U. ALLEGRETTI (1965), p. 352.

⁸⁸ M. S. GIANNINI (1938), p. 74.

en el caso concreto. En otras palabras, la cláusula general de la “injusticia” del daño permite al juzgador desarrollar una valoración comparativa de intereses muy similar a la que es propia del ejercicio de discrecionalidad: el juez comprueba si el daño es injusto, lo que, en definitiva, es tanto como examinar cuál es la ordenación de intereses querida por el ordenamiento jurídico. Sólo después de establecer esa ordenación, el juez puede decidir si existe un daño injusto y, por tanto, proceder a su eliminación imponiendo la ordenación que es conforme a Derecho.

Esta solución no sorprende si se tiene en cuenta que, justo después de la anulación jurisdiccional, los márgenes de discrecionalidad de la Administración son siempre menores, de manera que resulta más evidente el poder del juez administrativo de establecer lo que es “debido” según el Derecho. Sin duda la discrecionalidad administrativa presenta caracteres e intensidades diferentes: cualquier simplificación puede ser arbitraria y fuente de errores; pero es doctrina pacífica que, además del ámbito reservado a la Administración, que no admite la injerencia de otros sujetos por corresponderse con decisiones de naturaleza “política” en sentido amplio, hay márgenes de discrecionalidad que van agotándose durante las distintas fases del ejercicio del poder, determinando la decisión final, que se convierte en cierto modo en una elección obligatoria, unívoca, sin alternativa (legal)⁸⁹. En otras palabras, donde no haya decisiones o valoraciones de naturaleza ideológica, el juez administrativo, a través del normal –e institucional– ejercicio de su jurisdicción, debe asegurar el valor del “Derecho”.

Desde un punto de vista operativo, la reparación en forma específica garantiza la eliminación del daño permitiendo al juez obligar a la Administración a que ejercite su poder en coherencia con la “regla” derivada del examen comparativo de los intereses implicados. En síntesis, el juez comprueba el “deber ser” de la ordenación de intereses –tal como se desprende de la disciplina aplicable– y, mediante la reparación, constriñe a la Administración a convertir ese “deber ser” en el concreto “ser” querido por el Derecho, eliminando así el daño injusto.

La explicación brindada revela las fases argumentativas que respeta la jurisprudencia, a menudo de manera implícita, cuando emplea la reparación, por ejemplo, al declarar que, si la acción administrativa se hubiese conformado a Derecho, el recurrente habría resultado adjudicatario del *appalto* y, por tanto, no habría padecido menoscabo⁹⁰. Esta tendencia jurisprudencial pone de manifiesto el gradual agotamiento de la discrecionalidad derivado de las decisiones previas al acto de adjudicación impugnado de tal manera que la sentencia anulatoria equivale, en realidad,

⁸⁹ M. S. GIANNINI – A. PIRAS (1970), pp. 255 ss., y F. LEDDA, (1996), p. 965 y p. 971, F. LEDDA, (1996), p. 1564 e p. 1570; D. SORACE (1989), p. 1029.

⁹⁰ Const. Estado, sec. VI, 9 de noviembre de 2006, n. 6608; Const. Estado, sec. V, 22 de noviembre de 2005, n. 6499; Const. Estado, sec. IV, 28 de abril de 2006, n. 2408; Const. Estado, sec. V, 11 de enero de 2006, n. 36; Const. Estado, sec. IV, 5 de octubre de 2005, n. 5367; Const. Estado, sec. IV, 28 de febrero de 2005, n. 751, en Const. Estado, 2005, p. 408; Const. Estadotato, sec. IV, 15 de febrero de 2005, n. 478; Const. Estado, sec. IV, 22 de junio de 2005, n. 3347; Const. Estado, sec. V, 2 de septiembre de 2005, n. 4461; Const. Estado, sec. V, 25 de octubre de 2005, n. 2805; Const. Estado, sec. VI, 15 de noviembre 2005, n. 6371.

a un pronunciamiento declarativo de la obligación de la Administración de adoptar una decisión de contenido sustancialmente predeterminado⁹¹.

Cuanto se ha dicho permite aclarar una relevante cuestión. El poder resarcitorio *de quo* no constituye un instrumento de control del *merito* o la oportunidad de la resolución administrativa. La reparación constituye, en realidad, el resultado de un juicio resarcitorio que se realiza siempre en el marco del control de la legalidad, tal como ésta ha ido evolucionando con el transcurso del tiempo. La facultad judicial de obligar a la Administración a adoptar una resolución de contenido determinado supone así, no una valoración sustitutiva inherente al *merito* administrativo, sino un más penetrante control de la legalidad –material- de la acción administrativa. Se trata, pues, de un control habilitado por el Derecho sustantivo, por lo que los instrumentos procesales deben servir a la satisfacción de la legítima pretensión del recurrente; y tal pretensión no debe sufrir limitaciones por la inadecuación de los medios procesales o, quizá mejor, por la interpretación dada tradicionalmente a los mismos por la doctrina y la jurisprudencia⁹².

En este sentido, se ha puesto de manifiesto cómo, en los últimos años la legislación sectorial italiana ha regulado hasta tal punto el ejercicio de poder, que los márgenes de discrecionalidad están cada vez más acotados, y, últimamente, la disciplina general del procedimiento establecida en la Ley 241/1990 ha previsto reglas que obligan a la Administración a identificar todos los intereses implicados y las opciones legales posibles así como a elegir y decidir gradualmente, en el curso del procedimiento, produciéndose así el agotamiento progresivo de la discrecionalidad⁹³.

En este contexto, el juez está llamado a verificar la injusticia del daño derivado de la ordenación de intereses impuesta por la resolución ilegal y, a tal efecto, resulta tan indispensable reconstruir el supuesto concreto (así como el procedimiento de formación de la voluntad de la Administración), que puede sostenerse que el juzgador puede disponer de todos los elementos, de hecho y de Derecho, para controlar la razonabilidad de la solución adoptada y, de este modo, resolver el litigio en el marco del normal desenvolvimiento de la función jurisdiccional.

Así pues, en algunos casos, el juez está en condiciones de identificar una única solución posible, por ser la única legalmente aceptable. En resumen, el juez puede investigar todas las soluciones que la Administración hubiera podido escoger y comprobar si la efectivamente elegida en la resolución final es la adecuada, de modo tal que, ante una discrecionalidad ya agotada, la

⁹¹ M. CLARICH (2005), p. 588.

⁹² Esta observación, pacífica y compartida desde hace tiempo, puede sintetizarse –en famosa expresión de CHIOVENDA– en la idea de que el proceso debe garantizar todo lo efectivamente previsto por el Derecho.

⁹³ En cuanto a la gradual definición de las opciones posibles, puede mencionarse el nuevo artículo 10-*bis* de la Ley 241/1990, que obliga a la Administración a comunicar al interesado el eventual resultado negativo del procedimiento al objeto de que pueda expresar su propio y legítimo punto de vista con miras a una solución diferente del procedimiento.

fijación de la decisión correcta deriva de manera (casi) obligatoria de una operación de descarte de las demás opciones; opciones que ya son sólo posibles en abstracto⁹⁴.

No he querido desconocer aquí el “valor” de la “discrecionalidad”, sino subrayar que ella incorpora también el “valor” del “Derecho”; cosa que, por lo demás, se deriva de la generalizada convicción de que la discrecionalidad representa un “valor jurídico”⁹⁵. Los “valores” indicados no se contraponen; al contrario, en ciertos casos, el valor de la “discrecionalidad” está comprendido en el del “Derecho”, cuya garantía tiene –institucionalmente– confiada al juez administrativo en el ejercicio de la función jurisdiccional. La peculiar función de la Administración Pública en el ordenamiento democrático no se manifiesta, pues, en ese juicio de Derecho, puesto que el “valor” que en el mismo se persigue es el de la legalidad, cuya garantía corresponde –institucionalmente– al juez (administrativo). El valor de la “discrecionalidad” que el ordenamiento democrático ha atribuido a la Administración se desarrolla en otra sede, la del procedimiento administrativo ⁹⁶. Reconocer esto y afirmar consecuentemente que en determinados casos el juez administrativo puede (y debe) establecer una ordenación precisa de intereses –puesto que así lo quiere la Ley– significa, en realidad, llevar hasta sus últimas consecuencias el significado (y la razón de ser) de la jurisdicción administrativa en perfecta armonía con los postulados constitucionales. El “valor del Derecho” se cumple y se realiza esencialmente a través de una sentencia capaz de satisfacer la “petición de Derecho” accionada, lo que constituye el correlato de la convicción de que “el ordenamiento jurídico se identifica en el proceso”⁹⁷.

Así entiendo la reparación; como un instrumento que permite al juez imponer el respeto de las reglas jurídicas identificadas a la luz del caso concreto y, a su vez, satisfacer la pretensión del recurrente. En la medida en que la sentencia del juez administrativo se fundamenta en reglas de Derecho –obtenidas a partir del concreto caso resuelto– no puede comprometerse la reserva de función administrativa, sin que, por tanto, pueda confundirse la decisión del juez con las elecciones de mera oportunidad de la Administración.

⁹⁴ Const. Estado, sec. V, 22 de noviembre de 2005, n. 6499; G. Pastori, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, en *Foro amm.*, 1987, p. 3170; U. ALLEGRETTI (1965), p. 165.

⁹⁵ C. MARZUOLI (1998), p. 92; U. ALLEGRETTI (1965), p. 35.

⁹⁶ F. LEDDA (1997), p. 3307, quien toma en especial consideración el estudio de LEVI (1974), p. 124.

⁹⁷ M. S. GIANNINI – A. PIRAS (1970) p. 255.

13. Referencias bibliográficas

AA.VV. (2001), *Legge 21 luglio 2000, n. 205. Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*, en *Le nuove leggi civili commentate*, Padova.

AA.VV. (1995), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, p. 312.

AA.VV. (2001), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino.

G. ABBAMONTE – R. LASCHENA (2001), *Giustizia amministrativa*, en *Trattato di diritto amministrativo*, bajo da dirección de V. Santaniello, vol. XX, Padova, p. 513.

U. ALLEGRETTI (1965), *L'imparzialità amministrativa*, Padova, p. 15.

-- (1996) *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, p. 13.

G. ALPA (1991), *Responsabilità civile e danno, Lineamenti e questioni*, Bologna, p. 48.

A. AMORTH (1999), '*Ragioni della istituzione della giurisdizione amministrativa*', en *Giustizia amministrativa*, en *Nuovo dig. it.*, vol. VI, Turín, 1938, p. 416, actualmente en *Escritos jurídicos*, vol. I, Milán, p. 243.

A. AZZARITI (1989), *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, p. 351.

V. BACHELET (1966), *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, p. 21.

F. BENVENUTI (1953), *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, p. 39.

-- (1975) *Per un diritto amministrativo paritario*, en *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, vol. I, p. 807.

-- (1996) *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, p. 370.

L. BENVENUTI (2002), *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, p. 66.

G. BERTI (1987), *Comentario sub art. 113*, en "*Commentario della Costituzione*", bajo da dirección de M. BRANCA, Roma-Bologna, p. 105 ss.

- L. BIGLIAZZI GERI (1967), *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano.
- S. BOGNETTI (2003), *La separazione dei poteri*, Milano.
- F. D. BUSNELLI – A. PATTI (1997), *Danno e responsabilità civile*, Torino, p. 119.
- M. CAFAGNO (1996), *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Milano.
- F. CAMMEO (1902), *La competenza di legittimità della IV sez. e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri etici*, en *Giur. it.*, III.
- (1912) *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, p. 307.
- (1960) *Corso di diritto amministrativo*, Padova, p. 623.
- M. CARDI (1983), *Le manifestazioni di interessi nei procedimenti amministrativi*, vol. I, Rimini, p. 18;
- (1984) *Le manifestazioni di interessi nei procedimenti amministrativi*, vol. II, Perugia, p. 37.
- F. CARNELUTTI (1937), *Metodologia del diritto*, Padova, p. 37.
- L. CARROZZA - F. FRACCHIA (2000), *Art.35 e risarcibilità degli «interessi meritevoli di tutela»: prime applicazioni giurisprudenziali*, en *Foro it.*, III, p. 206.
- S. CASSESE (2000), *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, p. 457.
- C. CASTRONOVO (1997), *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, en *La nuova responsabilità civile*, Milano, p. 501.
- V. CERULLI IRELLI (1984), *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, en *Dir. proc. amm.*.
- (2004) *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, en *Dir. pubbl.*, p. 187.
- G. CHIOVENDA (1965), *Principi di diritto processuale civile*, p. 63.
- (1960) *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, p. 31

S. CIVIT ARESE MATTEUCCI (2006), *La forma presa sul serio*, Torino.

M. CLARICH (2005), *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, en *Dir. proc. amm.*, p. 588.

A. DI MAJO (1989), *Forme e tecniche di tutela*, en *Foro it.*, V, p. 133.

-- (2001) *La tutela civile dei diritti*, Milano, p. 241.

-- (2003) *La tutela civile dei diritti*, Milano, *passim*.

-- (2005) *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, en *Riv. der. civ.*, p. 245.

V. DOMENICHELLI (1988), *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, p. 7.

E. FAZZALARI (1989), *Processo ordinario di cognizione*, vol. I, Torino, p. 35.

E. FERRARI (1982), *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, en *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, Milano, p. 179.

-- (2001) *Commento art. 26 legge tar*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, bajo da dirección de A. Romano, Padova, p. 894.

F. FIGORILLI (2002), *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, p. 403.

E. FOLLIERI (1984), *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti.

-- (1999) *La tutela dei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione del giudice amministrativo*, en *Dir. proc. amm.*, p. 309.

F. FRACCHIA (1999), *Risarcimento danni da c.d. lesione di interessi legittimi: deve riguardare i soli interessi a «risultato garantito»?* , en *Foro it.*, I, p. 3222.

F. FRACCHIA - L. CARROZZA (2000), *Art. 35 e risarcibilità degli «interessi meritevoli di tutela»: prime applicazioni giurisprudenziali*, en *Foro it.*, III, p. 206.

M. FRANZONI (1993), *Dei fatti illeciti*, en *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, bajo da dirección de F. Galgano, Bologna-Roma.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2007), *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la pleniudt jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Thomson Civitas, p. 125 ss.

H. G. GADAMER (2001), *Verità e metodo*, Milano p. 675.

F. GALGANO (1995), *Diritto civile e commerciale*, vol. II, Padova, p. 286.

M. S. GIANNINI (1938), *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, p. 74.

M.S. GIANNINI – A. PIRAS (1970), *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, en *Enc. dir.*, Milano, p. 255.

E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova.

R. LASCHENA - G. ABBAMONTE (2001), *Giustizia amministrativa*, en *Trattato di diritto amministrativo*, bajo da dirección de V. Santaniello, vol. XX, Padova p. 513.

F. LEDDA (1964), *Il rifiuto di provvedimento*, Torino, p. 42.

--(1996) *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, en *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, p. 969.

-- (1997) *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione*, en *Foro amm.*, p. 3307.

-- (1997) *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, en *Foro amm.*, p. 1564.

-- (1997) *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, en *Jus*, p. 332.

LEVI (1974), *Legittimità (diritto amministrativo)*, en *Enc. dir.*, Milano, p. 124.

M. LIBERTINI (1987), *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, en *Contratto e impresa*, p. 105.

M. R. MARELLA (1996), *Attuazione del diritto e regole di responsabilità*, Perugia, p. 66.

C. MARZUOLI (1982), *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, p. 17.

-- (1998) *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, p. 130.

S. MAZZAMUTO (1978), *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli.

L. MORTARA (1923), *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, p. 17.

M. NIGRO (1983), *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Il giudizio di ottemperanza*, Milano, p. 86.

-- (1983), *E' ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, V, p. 22.

-- (1994), *Giustizia amministrativa*, Bologna, p. 312.

V. E. ORLANDO (1901), *La giustizia amministrativa*, in el "*Trattato Orlando*", vol. III, Milán, p. 717.

A. ORSI BATTAGLINI (2005), *Alla ricerca dello Stato di diritto, Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, p. 52.

I. PAGNI (2004), *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, p. 296.

G. PASTORI (1987), *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, p. 3170.

-- (2001) *La giustizia amministrativa dopo la legge cost. n.2 de 1999 e la legge n.205 de 2000: considerazioni introduttive*, in *Amministrare*, p. 185.

A. PATTI - F. D. BUSNELLI (1997), *Danno e responsabilità civile*, Torino, p. 119.

A. PIRAS - M.S. GIANNINI (1970), *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, Milano, p. 255.

A. POLICE (2000), *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. I, Padova, p. 310;

-- (2001) *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. II, Padova, p. 314.

U. POTOTSCHNIG (1969), *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, p. 499.

PRESUTTI (1910), *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, en *Giur. it.*, IV.

A. PROTO PISANI (1983), *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, en *Foro it.*, V, p. 127.

-- (2000) *Il nuovo art.111 Cost.*, en *Foro it.*, V, p. 241.

-- (2002) *La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema di Giuseppe Chiovenda*, in *Foro it.*, V, p. 126.

-- (2002) *Note sulla tutela civile dei diritti*, en *Foro it.*, V, p. 169.

-- S. RODOLFO MASERA (2006) , *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Padova, p. 27 ss.

S. RODOTA' (1964), *Il problema della responsabilità civile*, Milano.

G. ROEHRSEN (1988), *La giustizia amministrativa nella Costituzione*, Milano, p. 12.

A. ROMANO (1975), *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, p. 306.

-- (1999) *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, en *Foro it.*, I, p. 3222

S. ROMANO (1937), *Corso di diritto amministrativo, Principi generali*, Padova, p. 77.

G. SALA (1993), *L'eccesso di potere amministrativo dopo la legge 241/90: un'ipotesi di ridefinizione*, en *Dir. amm.*, p. 211.

C. SALVI (1985), *Il danno extracontrattuale*, Napoli.

-- (1983) *Aspettativa edificatoria e risarcimento del danno*, en *Foro it.*, V, p. 234.

-- (1989) *Risarcimento del danno*, en *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, p. 1084.

A. M. SANDULLI (1963), *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, Napoli, p. 11.

A. SANTILLI (1985), *Il diritto civile dello Stato*, Milano, p. 33 ss.

E. SCIALOJA (1939), *La competenza della IV sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, en *"Scritti giuridici"*, vol. V, Roma, p. 197.

F. G. SCOCA (1990), *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, p. 14.

-- (2003) *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive nelle esperienze processuali (profili pubblicistici)*, Relación efectuada en la ocasión del Convenio de Messina del 26 de septiembre de 2003.

D. SORACE (1989), *Notazioni in tema di posizioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela nella giustizia amministrativa*, en S. Mazzamuto (coord.) *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, p. 1029.

S. SORDI (1985), *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale: la formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano.

P. STELLA RICHTER (2000), *Il principio di concentrazione nella legge di riforma della giustizia amministrativa*, en *Giust. civ.*, II, p. 439.

L. TARANTINO (2003), *L'azione di condanna nel processo amministrativo*, Milano, p. 47.

M. TARUFFO (1975), *La motivazione della sentenza civile*, Padova, *passim*.

-- (1991) *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna.

-- (2001) *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 13.

-- (2003) *Considerazioni sulla teoria chiovendana dell'azione*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 1139.

G. TARZIA (2001), *L'art.111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, en *Riv. dir. proc.*, p. 9.

B. TONOLETTI (2001), *L'accertamento amministrativo*, Padova, p. 103.

A. TRAVI (1997), *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, en *Foro it.*, V, p. 178.

-- (2003) *Il metodo nel diritto amministrativo e gli 'altri saperi'*, en *Dir. pubbl.*, p. 881.

-- (2004) *Giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, en *Dir. pubbl.*, p. 460.

-- (2006) *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia 'non amministrativa' (Sonntagsgedanken)*, en *Dir. pubbl.*, p. 102.

-- (2006) *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia «amministrativa»?* , en *Giorn. dir. amm.*, p. 313.

F. TRIMARCHI BANFI (2000), *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, p. 22.

F. VIOLA–G. ZACCARIA (2003), *Le ragioni del diritto*, Bologna, p. 21.

P. VIRGA (2000), *La reintegrazione in forma specifica*, en *Dir. proc. amm.*, p. 326.

G. ZACCARIA - F. VIOLA (2003), *Le ragioni del diritto*, Bologna, p. 21.